POR DON IVAN FERNANDEZ DE Hyneſtroſa, Hijo de D. Iuan Fernãdez de Hyneſtroſa, caſado, y de Doña Melchora de Ribas, ſoltera.

CON

DON PERAFAN DE RIBERA, ſu Hermano; para que le aya de alimentar:

Se ſuplica a V. merced, mande ver eſte breue Apuntamiento.

1 EL Supueſto corriente del Hecho, es la filiacion de el Actor delo ſuſodicho, y la poſſeſsion del Reo, de diuerſos Mayorazgos, inſtituidos todos por aſcendientes de entrambos, y en ellos Clauſula, *que faltando legitimos, ſuccedan los deſcendientes naturales, y eſpurios.*

2 Con eſte preſupueſto, y que la rẽta de dichos Mayorazgos es de mas de diez mil ducados, el punto de la dificultad, es, y opoſicion del Actor, conſiſte en que *por eſpurio à Don Iuan Fernãdez, no le debe ſu hermano Don Perafan, legitimo, alimentos*, por la doctrina del ſeñor Luis de Molina, lib. 2. cap. 15. nu. 66. fundado en las dos razones ſiguientes: La primera, que a los eſpurios no ſe les deben; y que aunque en el padre renocò la ley Canonica el rigor de la authentica ex complexu, eſta equidad ſolamente tiene lugar en la perſona del padre, y que no ſe ha de eſtender a la del hermano.

3 La ſegunda,porque la ley.5.tit.19.partit.4.eſtà determina do,*que el abuelo del eſpurio no tenga obligacion a alimentar el nieto*, y q̃ ſi todos los authores del Reyno conſtantemente aſsientan, q̃ nũca llegaria a aquel rigor la execucion de aquella ley de par tida;todavia per argumentum à fortiori,bien ſe puede practicar en el hermano reſpecto del eſpurio.

4 Y que(ſi bien es verdad)que parecia en contrario de eſto el ſeñor Luys de Molina en el miſmo cap.15.n. 42.& ſeqq.ſe ha de entender que va hablando en terminos,de que el hijo eſpu rio lo ſea del Mayorazgo,o ſu heredero,y no en otra coſa.

5 Y porque la contraria ſentencia,y *que al hijo eſpurio pobre,ſe deba alimentos ſu hermano rico,ó poſseedor del Mayorazgo fundado por ſus abuelos*,la reſuelue,y dize q̃ tiene fundamentos,Surdus in tractatu de alimentis,tit.1.q.25.ad finem, replica que le conuence el ſeñor Don Iuan del Caſtillo,cap.104.n.51.que es el final adonde ſe procura defender la ſentencia del ſeñor Luis de Molina,y reprobar la de Pedro Surdo;conque los authores q̃ alega no concluyen ſu intento.

6 Pero his nihil refragantibus,la juſticia de Don Iuan de Hyneſtroſa es cierta,y ſe le deben dar los alimentos que pretende ex ſeqq.

7 In primis,porque eſto no ſe ha de hazer,ni decidir,por lo q̃ dixerõ los authores,ſino recurrir a las fuentes de los derechos y al neruio de las razones en que ſe fundaron:eſtos, pues,prueban expreſſamente,y vniformes,*que el padre a los hijos,y los hijos a los padres,y el hermano a los hermanos,eſtan obligados a alimentar, teniendo los vnos con que,y los otros neceſsidad de que*; l.mutus.73.ff. de iure dotium,ibi: *Vt parenti præſtet alimonium,aut egentem fratrem,ſororem ve ſubſtineat*:l.quamuis.20.ff.ſoluto matrimonio,ibi: *Vt liberis ex alio viro egentibus,aut fratribus,aut parentibus conſideret*: adonde es mucho de notar,que prepone y habla en primero lugar de los hermanos,que de los aſcendientes,l.tutor.13.§.vlt.ff.de adminiſtratione tutorum,ibi: *Aliud eſt ſi matri forte,aut ſorori pupilli tutor ea,quæ ad victum neceſſaria ſunt præſtiterit;cum ſemetipſam ſubſtinere non poſsit;nam id ratum habendum eſt*,text.elegans in.l.1.§.ſed non nullos.ff.de tutellæ & rationibus diſtrahendis,ibi: *Veluti ſi matri,aut ſorori,quæ aliter ſe tueri non poſſunt,tutor alimenta præſtiterit;nam cum bonæ fidei iudicium ſit,nemo feret,aut pupillum, aut ſubſtitutum eius querentes,quod tam coniunctæ perſonæ alitæ ſint , quinimò per contrarium*

putat

putat posset cum Tutore agi tutelæ, si tale officium prætermiserit, l. 4. ff. vbi pupillus ibi: *Respondi existimo, etsi citra Magistratuum decretum, Tutor, sororem pupilli sui aluerit, & liberalibus artibus instituerit, cùm hæc aliter contingere non posset; nihil eo nomine tutelæ iudico pupillo, aut substitutis pupilli præstare deberi.*

8 Y no se hallarà que en ninguno de estos Derechos se haga distincion de legitimos, illegitimos, o espurios, imo, que antes solamente consideran por razon decisiua, la conjuncion de la sangre y naturalèza, junta con la piedad de la ley nec à re ff. de liberis agnoscendis: Plane, todos estos nõbres lo son de naturaleza, y sangre, l. Tutellas in fine principij. ff. de cap. diminutione, ibi: *Personæ naturaliter designantur, vt ecce deferunt hæreditatem Senatus consulta matri, & filio*; sed natura, & sanguis omnes exæquauit, vt probat textus in authentico quibus modis naturales efficiantur legitimi. § si quis sane ad medium, ibi: *Neque enim à principio quando sola natura sanciebat homines (ante quam scriptæ prouenirent leges) vbi quædam diligentia naturalis, atque legitima*; & in authentico quibus modis naturales efficiantur sui, in principio vers. natura siquidem.

9 Assi que estando la cosa en esta manera, el primero que lo enmendò, fue Iustiniano por su nueua disposicion in d. authẽtico quibus modis naturales efficiantur sui. §. vlt. de que fue sacada la authentica ex complexu. C. de incestis nuptijs, puniendo, dispuso de la forma siguiente: *Vltima siquidem nos pars legis expectat vt ipsa competentem suscipiat ordinem, & enumeremus qui neque ipso naturalium nomine digni sunt: primum quidem omnis qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefarijs, aut incestis, aut damnatis processerit; iste neque naturalis nominatur, neque alendus est à parentibus; neque habebit quoddam ad præsentem legem participium.*

10 De lo dicho ya bien considerado, resulta respuesta a la opinion del señor Luis de Molina; y por menudo, a los fundamẽtos con que la pretende instruir d. n. 66. que se reduzen a los siguientes. Lo primero, el suponer que su opinion se funda biẽ en la disposicion de Iustiniano in d. authẽtico, cuyas palabras acabamos de referir: y esto, porque dize y confiessa, q̃ (si bien es verdad) que su disposicion se halla corregida, y antiquada por la del Derecho Canonico (a que se ha de estàr) en el capit. cum haberet de eo qui duxit in matrimonium, la dicha correccion, todavia solamente se entiende, y procede, en alimentos

de

de padre a hijo, y que no se ha de estender a el hermano, en el qual ay menor razon, que en el padre; sino que se ha de guardar precisamente al Derecho Ciuil, contenido en el dicho authentico: Y esto pone por primero fundamento de su sentēcia, & per argumentum, à minoritate rationis.

11 Addit etiam pro secundo fundamento, & per argumentū à maioritate rationis, la.l.5.tit.19.partit.4.vbi (in fortioribus terminis) & in auo paterno spurij, se dize *no estar obligado a alimentar al nieto spurio*; y aunque en èl resuelue tener dificultad la opinion; admitela todavia en el hermano spurio.

12 Pero cum bona venia doctissimi viri, ipsius fundamēta nō solùm non probant; verum etiam retorquentur contra ipsius sententiam, y para ello (porque res intentum exigit auditorem) es de aduertir lo primero, q̃ supone vna cosa menos cierta en Derecho, debiendola no suponer, sino probar, euidentemente, la qual se halla tan lexos de poderse suponer por cierta, que antes aqui (Deo ducēte) auemos de probar q̃ es incierta; Y esta consiste en pretender, que la disposicion de Iustiniano en aquel authentico, corrigio el Derecho antiguo, quo probauimus *fratrem, spurium fratrem alere teneri*; Y que esto sea menos cierto, probabimus ex seqq.

13 Quatro son las calidades que las leyes prueban, y por ellas los authores, que se han de considerar en la materia de la estēsion de la ley; La primera, si es odiosa, o fauorable; La segunda, si es penal; La tercera, si es exorbitante; La quarta, si es correctoria: Porque aunque parezca q̃ toda la ley penal, es odiosa, no assi empero è conuerso, toda la ley odiosa, es penal; pœnales leges sunt illæ, quæ aliquod inferunt damnum, ad vindictam culpæ; De ratione namque pænæ est, quod tendat ad vindictam culpæ, cap. nō afferamus. 24.q.1. Et hæ in duplici sunt differentia, alię enim inferunt damnum ipsi delinquenti; aliæ verò inferunt damnum non delinquenti, propter delinquentem; Rursus leges exorbitantes sunt illæ, quę deuiant à generalis iuris regulis; & dicuntur *exorbitantes*; quasi extra orbitam hoc est, semitam iuris aditæ; tradit Tiraq. in.l. si vnquam, verbo libertis. n. 19. Alciatus lib.2. de verbor. significa. Gamatus de extensionibus. n. 89. & de his agit text. in.l. quod verô cum duabus seqq. ff. de legibus; regula quæ à iure, de regulis iuris, lib.6. & appellantur â Iureconsultis *ius constitutum*; tradit Alciatus

tus.lib.7.parergon.ca.26.Demũ leges correctoriæ ſunt illæ, quæ in totum,vel pro parte,alias leges anteriores abrogant: De abrogantibus in totum,eſt text.in.l.2.C.de indicta vidui tate:de abrogantibus proparte,eſt text.in.l.vltima C.de repudianda hæreditate.

14 Plane,diſcurriendo por eſta quadruplici diferencia de leyes,ſe hallarà que todas las calidades de ella, concurren y ſe hallan in dicto authentico, a ſaber:la primera de ſer ley penal,y conſequentemẽte ex duplici capite odioſa, reſpecto de que caſtiga al delinquente,y al innocẽte por ſu cauſa;a ſaber, al padre por ſu incontinencia y propria culpa en la perſona del innocente,que es el hijo:quoad prius quia magis punitur & terretur pater in perſona filij,quam in propria, l.iſti quidẽ ff.quod metus cauſa;quoad poſterius ex textu celebri in cap. naſci.56.diſtinctione,ibi:*Naſci de adulterio nõ eſt eius culpa,qui naſcitur ſed illius,qui generat.*

15 Es exorbitante,porque vagatur extra ſemitam, de las reglas del Derecho,y de las leyes alimentarias;y lo que mas es, de la primera y potiſsima de todas ellas, quæ ex ratione ſanguinis & naturę, diſpone,y obliga al padre a que alimente y conſerve al hijo que engendrò, y fue cauſa de que ſalieſſe al mundo;y que por el meſmo caſo no pudo (dexandole de alimentar) matarle,que es à la letra el texto in dict.l.necare, ff. de liberis agnoſcendis.

16 Es correctoria,porque corrige y enmienda todos los textos y Derechos que dexamos referidos,y ſus palabras num.7. Plane, con eſte preſupueſto,parecę que no puede aver ninguna duda que la authentica ex complexu, que habla en el padre (reſpecto de la denegacion de alimentos al hijo eſpurio) ſe aya y deva reſtringir,y coartar à aquel caſo,y no eſtender y ampliar al hermano,reſpecto del hermano eſpurio.

17 Plane por la calidad de odioſa,que concurre en eſta ley,nũca pudo venir en duda ſu reſtriccion,ex vulgari regul.tex. in l.cum quidam 19.ff.de liberis & poſthumis, l.cum alij. §.qui tranſigit.ff.de tranſactionibus cap.tua.25.§.1.de decimis; ex quibus pro regula conſtituitur in regul.odia reſtringi favores convenit ampliari,de regulis iuris lib.6.

18 Idem probatur ex qualitate legis pœnalis, porque las que tienen eſta,nunca ſe eſtienden de caſu ad caſum,neque de per

 ſona

fona ad perfonam, etiam ex identitate, vel maioritate rationis, glof. magiftra per text. ibi, in regula in pœnis de regulis iuris lib. 6. Caftro de lege pœnali cap. 7. documento 3. Pater Molina de iuftitia & iure, difputatione 176. §. 4. Pater Thom. Sanchez, Suarez, Salas, & alij Iefuitæ, quos refert & fequitur ex eifdem, Caftro Palao de legibus tom. 1. tractatu 3. dubio 5. puncto 3. §. 4. num. 3. ex iure peritis Corcetus, Tiraquel. Hō dedeus, Farinac. & alij pœne innumeri, relati à Barbofa axiomate 166. num. 7. probat glof. magiftra cōmunifsime recepta in cap. fin. de iure patronatus; cuya razō es innegable, quia pœna numquam irrogatur ab homine, nifi expreffe imponatur à lege, l. at fi quis. §. divus. ff. de religiofis, ibi: *Non recte facere; pœnam tamen in eum ftatutam non eſse:* Y porq aquel texto Menochius de arbitrar. Centuria 3. cafu 276. per totum, Farinac. quæft. 18. num. 7.

19 Idem convincitur ex qualitate legis exorbitantis, regul. *Quæ à iure exorbitant nequaquam ad confequentiam funt trahenda.* cap. 1. §. 1. de filiis Presbyterorum lib. 6. l. quod vero 14. ff. de legibus, l. fi vero 65. §. de viro. ff. foluto matrimon. tradit Ripa à num. 57. in. l. fi conftante, vbi Barb. a num. 71. ff. eodem titul. Craueta de antiquitate. 4. par. cap. videamus à principio, Rojas de fuccefsionibus abinteftato. c. 3. num. 29.

20 Idem multo fortius probatur, ex qualitate legis correctoriæ, porque en ella no fe da extenfion ex identitate, vel etiam maioritate rationis; probant textus apertus in authentico de adminiftrantibus officia ad finem, ibi: *Quoniam dum nihil omnino fuper iftis innovatum fit, antiquam fervamus figuram.* iuncta gloffa ibidem, *nota vbi legem correctam non invenimus expreffe; antiquæ dimitimus figuræ:* l. fancimus C. de teftamentis. l. præcipimus C. de appellationibus, text. optimus in authētica quas actiones C. de facrofanctis; adonde aunque la Iglefia y la Ciudad eftavan juntas en vna ley antigua, la moderna que la corrigio en la vna; ex identitate rationis non extenditur ad aliam; vbi notat glof. celebris, ibi: *Quia non invenitur correcta,* id que comprobatur ex illa vulgatifsima regula iuris Topica, *quod vbicumque quis ex duobus fibi propofitis, vnum affirmat, alterum negare cenfetur, ficut é converfo, vbi vnum negat, alterum affirmare cenfetur,* l. cū prætor. 12. ff. de iudiciis cap. nonne, de præfumptionibus cum vulgatis: Plane omnia difpofita per legem antiquam cenfentur

propo-

propositalegislatori corrigenti; text.optimus in cap.1.de cōstitutionibus li.6.ibi: *Qui iura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere*, ergo si ex vno de pluribus casibus corrigit, in reliquis omnibus non corrigit, sed intactos reservat, & relinquit; probat Iason in dict.authent.num.21. Graveta de antiquitate. §. videamus num.181.& num.37. Bart.in.l.nemo potest. ff. de legatis 1.num.7. Cumanus in.l.2.ff. delegatis 1. Ioannes Andreas in additionibus ad speculatorem. 1.par.tit.de curatore §. 1.verbo Hereditas, Baldus in.l.finalis C. de testamentis n. 7.idque satis probat vulgatissimum glossarum, & Doctorum quasi proverbium, asserentium, & vsurpantium: *per sub auditos intellectus numquam esse inducendam iuris correctionem*, glossa magistra in cap.cupientes 5. §. quod si, verbo petere, de electione lib.6. singularis secundum multos relatos à Navarro in cap.1. §. laboret num.22. de pœnitentia distinctione 6. & receptissima ex Iasone in dict.authentica quas actiones num. 19. Ripa in d.l.si constante num.69.

21 In quo maxime cōmendo, omnino videndum, vn insigne lugar del señor Don Iuan del Castillo lib.4.cap.21.à num.33. adonde asienta todos los brocárdicos siguientes. A saber, el primero: *Quod lex nova correctoria in dubio non videtur velle corrigere legem antiquam*. Y el 2. *quod restringenda est, vt quanto minus fieri possit, recedatur à iure communi correcto*. Y el 3. *Quod in casu & terminis, in quibus loquitur, strictè intelligenda est*. Y el 4. *que non extenditur ad alios casus quam ad eos, de quibus ibi nominatim fit mentio*. Y el 5. y vltimo, *quod vbi, lex nova correctoria enumerat aliquem casum specifice; alij casus censentur sub dispositione iuris communis remanere incorrecti.*

22 De que proculdubio me doy à entender, que si se lo propusiera, lo què en este lugar dexava dicho, reconóciera quan lexos se hallava de assentir (como lo haze tacitamente à la opinion del señor Luis de Molina, dicto lib.2. cap.15. num.66.) en su lib.5.cap.104.ad fin.versi.ego vero; pues para no seguirla, bastauan solamente los cinco brocardicos, que de lege correctoria (como lo es la authentica ex complexu,) dexò assentados por indubitables, dict.lib.4. cap. 21. à num.33. cum sequent. addiderim pro complemento, & fortasis mirum est, q̃ no se aya advertido hasta aora; y es filios spurios ser todos los que nacen y no pueden mostrar su padre, ò aunque lo puedan mostrar, no pudieran contraer matrimonio cō su madre; pro-

bat

bat distinctionem textus elegans in.l.vulgo cõcepti 23.ff.de statu hominum, cuius verba sunt, *vulgo concepti dicuntur qui patrẽ demonstrare non possunt, vel quia possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet*: sed & ij posteriores, in duplici quoque sunt differentia; vel enim sunt *spurij simpliciter*, vel *ex damnato coitu procreati*: Priores dicuntur omnes, qui nascuntur ex coniunctione, quam humanæ leges nulla exteriori pœna coercent: Posteriores vero, quibus lex humana aliquam exteriorem pœnam prescribit, posteriores sunt nati ex cõsanguinea, & dicũtur *incestus*: nati ex vxorata & dicitur *adulterium* nati ex moniali, & dicitur *nefarius*: de quibus agit textus in authentico quibus modis naturales efficiantur sui.§.vltimo, & in dict. authentica ex complexu: Priorum exemplum adducunt.DD. de filiis natis ex vxorata, & soluta, cuius cuitus nulla pœna exteriori punitur.l.1.C.de adulteriis; por la qual los Doctores comun mente infieren filios ita natos: *Nec dici, nec esse natos ex domnato coitu*, vt post Castrensem, Alexand. & alios testatur Dominus Præses Covar.de sponsalibus 2.p.cap.8.§.5.num.16. Gomesius in.l.9.Tauri num.14.Valascus consultatione 29.num.6. cuius differentiæ inter alios duplex effectos resultare debet, prior ille est, quod filij simpliciter spurij, de iure cõmuni matrimonio illustri, sunt succesibiles, & è contra. l. si spurius, l. hac parte.ff.vnde cognati.l.si qua illustris.C.ad Orfitianum: non ita si ex damnato coitu sint procreati, notant. DD. per textum, ibi: in dicta authentica ex complexu, & in specie probat.l.9.Tauri vbi Regnicolæ, & post Dominũ Præsidem, Valascum num.9.vbi proxime, Dueñas regula 366. limitatione.8.

23 Posterior effectus, (y para el proposito de este pleyto maxime notandus) ille est, que la disposicion de la authentica ex complexu, no hablò, ni comprehendio à los espurios simpliciter, sino a los tres calificados à que se restingio, ibi: *Ex complexu nefario, incestuoso, vel damnato*, ac subinde, como el caso presente ex predictis, no tiene ninguna de estas tres calidades; porque Don Iuan (aunque fue auido de padre casado) toda via de madre soltera, & ita *non damnato lege humana pœna exteriori*; ergo bien se consigue, que ni la authentica excomplexu hablò de el, ni la opinion del señor Molina le puede prejudicar, ex vulgari brocardico *de te non loquitur substitutio, & quod vbi*

verba

verba legis deficiunt, deficiat quoque necesse est ipsius dispositio; l. 4. §. toties, ff. de damno infecto cũ vulgatis: Y es esto de manera cierto, que graves autores de este Reyno, como fueron Palacios Rubios, y Antonio Gomez in d. l. 9. Tauri num. 4. quibus accessit Matienço in. l. 7. titu. 8. lib. 5. recopil. glos. 11. num. 8. scriptum reliquere filium natum ex vxorato, & soluta patri naturalem reputari, & ab eo non ſtantibus legitimis hæredẽ instituí posse, quanto magis alimentari debere.

24 Todo lo q̃ hasta aqui avemos dicho, y fundado, es a mayor abundamiento, y para efeto de llegar à argumentar à fortiori, porq̃ como ya se vè, todo ello procede, en caso, y suponiendo, que el omitido en las leyes odiosas, penales, exorbitãtes, ò correctorias, tiene la misma, ò mayor razõ que el decidido en ellas: No assi toda via si milita diversa razon en el vno que en el otro: Plane, en el que vamos tratando, se considera esto con mucha llaneza, porque la causa y razon de la authentica ex complexu, y del odio y pena de su disposicion, fue la culpa ê incontinencia, del que engendrò sin tener en ello culpa alguna, los demas, ex textu in dict. cap. nasci, y assi aqui procede el argumento de las reglas del Derecho: *Non debet alter, alterius odio prægravari; sine culpa, non est aliquis puniendus*, de regulis iuris lib. 6. *Pœna suos culpæ debet tenere; non autem prætergredi authores*, l. sancimus C. de pœnis: por manera que tantum abest, que se aya ô deva hazer, el argumento que de aquella ley hazen los fautores de la contraria sentencia; hoc est, *Authentica ex complexu privat patrem ab obligatione alẽdi filios spurios, in quo datur maior obligationis ratio; ergo à fortiori privatus censeri debet frater ab obligatione aliendi fratres spurios, in quo datur minor obligationis ratio*, authentica multo magis C. de sacrosanctis Ecclesiis, quæ imo. (por el contrario) in hac forma debet confici argumẽtum; *Lex privans patrem ab obligatione alendi filium spurium, in pœnam, & correctionem paternæ incontinentiæ non debet continere obligationem fraternã alendi fratrem spurium; quia in eo non datur ratio puniendæ incontinentiæ, neque peccatum, neq; operatio causæ efficientis illius obligationis*; todo lo qual cõcurriò en el padre, y falta en el hermano. Y de aqui nace tambien, que no es buena raciocinacion la que hazen los sequaces de esta sentencia, quando ponderan: *Que si bien es verdad que la authentica ex complexu, està antiquada y abrogada por el capitulo cum haberet respectu patris, & filij, quedò toda via incorrecta, respectu fratris ad fratrem.* Porque se le ocurre facilmente con lo q̃ acabamos de resolver, y fũdar, que el hermano para cõ el hermano no necessitò del capitulo cum haberet, porque no se cõprehẽdiò

en la authêtica ex cõplexu;y aſsi puede muy bien dezir,q̃ *melius eſt in tẽpore occurrere,quã poſt vulneratã cauſã,remediũ quærere*, l.fi. C. in quibus cauſis in integrum reſtitutio non eſt neceſſaria.

Accedat quod non inefficaciter tentari poſſet,q̃ aun quan
25 do ſe huviera de conceder,que la authentica ex complexu (q̃ habla de padre à hijo,) huvieſſe comprehendido el hermano a hermano,y que eſta ſe hallaſſe de(como halla)abrogada por el capitulo cum haberet;tambien lo eſtava,y la dicha obligacion afectava à entrambos caſos,reſpecto de que obrava en caſo donde avia mayor razon,que es la del odio,è incontinẽcia paterna,ergo debe proceder adonde no ay las dichas razones de odio,ſino ſu antipoda,que es el favor de los alimentos,y adonde es antipoda la meſma regla:*odia reſtringi ;favores convenit ampliari* ; de regulis iuris lib.6.

Y aſsi de primo ad vltimum,ſe viene a concluir,que la diſ
26 poſicion de todos los Derechos referidos n. 7. el Emperador Iuſtiniano,los corrigio reſpecto del padre para con los hijos; y los dexò intactos reſpecto del hermano,para cõ los hermanos.Y es receptiſsima concluſion , que aquella ley no valio, reſpecto de que la obligacion deaquellos alimẽtos,tiene fundamẽto y apoyo en derecho,de gerarquia ſuperior ; como es el natural , que no eſtà ſujeto al hermano de gerarquia inferior,§.ſed naturalia,inſtituta de iure naturali,cap.ſunt quidã, 25.quæſt.1.Y en el hermano parece q̃ tambien apretava la negativa de la ley iura ſanguinis. ff. de regulis iuris ; toda via mas ſeguro es la afirmativa de que el Emperador en virtud de lo aqui fundado,no quiſo comprehender al hermano,de que viene a ſer conſequente preciſo: *Que en el hijo, que quiſo , no pudo: y en el hermano (quando pudiera)no quiſo ;* y aſsi entra la Regla *quod potui,nolui; quod volui adimplere nequivi*, cap.cum ſuper.23. de officio delegati cum vulgatis.

27 Maneat ergo (epilogando lo dicho)que la otra ſegunda razon que traẽ los ſeñores Luis de Molina,y D.Iuã del Caſtillo, ya viene a quedar deſtituida;a ſaber,q̃ el rigor de la ley de la Partida,que parecio diſponer en el abuelo, lo meſmo que la authentica ex complexu en el padre,y de el ſentir de el ſeñor Gregorio Lopez,en ella,en Eſpaña nunca ſeria admitido,como lo reſuelven por conſtante de los eſtrangeros,Surd.d.tractatu de alimentis titu.1.q.12.â num.7. De los del Reyno D. Padilla in authent.res quæ num.66.C.cõmunia de legatis,ipſe D.Molina d.num.66.ipſe D.Ioannes del Caſtillo,d.c. 104. ad finem,Gutierrez de tutellis 2.p.c.3.num.41.Ytem que por

todo

todo lo dicho, la opinion de Pedro Surdo contra la del Señor Luis de Molina, es la verdadera, y bien fundada en los Derechos, y razones aqui ponderadas, con que importa poco que los Autores que alega no lo resuelvan en terminos. Y assi es mucho de advertir que el señor Luis de Molina, siendo està question tan ordinaria, no alega ningũ Autor, por su opiniõ, ni aun quien aya tocado la question por ninguna parte, y la causa dello fue por tenerse por assentada esta obligacion, en virtud, y fuerça de la obligacion de las leyes citadas, num. 7. y que se hallavan, y hallan incorrectas, y que la authentica ex cõplexu, odiosa, penal, exorbitãte, y correctoria, no corrigio mas de en el padre, en quiẽ militavan particulares razones.

28 Hasta aqui avemos fundado la justicia de la pretension de Dõ Iuan de Hinestrosa, respecto de la fraternidad, y conjũciõ de la sangre, con Don Perafan de Ribera su hermano; aora la pretendemos tambien fundar en concurrir, como concurre en el, ser posseedor de los bienes de los mayorazgos fundados por sus ascendientes, con ꝗ se puede muy biẽ valer (jũto cõ lo ꝗ se acaba de dezir) de la opiniõ ꝗ està oy muy valida, y que apenas se intenta ninguna vez, que se dexe de salir cõ ella, y es *que el sobrino al tio, y el tio al sobrino* (no embargante, que no estè comprehendido en las leyes, num. 7.) *deben reciprocamente alimentos, como sean todos decendientes del fundador del mayorazgo, y posseedores de los bienes de su fundacion*, como se puede ver en el caso de que testifica el señor Luis de Molina, y en la determinacion de esta Real Audiencia, apud dominum Ioannem del Castillo, lib. 4. cap. y del Senado de Sicilia, apud Giurba decis. 5. y del de Valencia, per Franciscum Hieronymum de Leon, decis. 27. Sin que obste el fundamento potissimo, en cuya virtud dize auer assentido lo contrario la Real Chancilleria de Granada, el señor Don Iuan Baptista de Larrea, en la decision 47. num. 22. A saber, que los ascendientes solamente deben alimentos a aquellos decendientes, a quien debieran legitima, y que esta solamente la deben a aquellos que estauan nacidos, ô (por lo menos) concebidos al tiempo de la fin y muerte del pretenso alimentante, ex regula textus, in l. Titius, ff. de suis, & legitimis hæredibus, ibi: *Respondit qui post mortem aui sui concipitur; is neque legitimam hæreditatem eius, tanquam suus hæres, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest.* Porque se excluye facilmente, aduirtiendo que esta ley, solo y estrechamente procede en la herencia, o bonorum possession, que entrambos son efectos de la ley humana, & non combrehen-

dit

dit ius naturæ,& sanguinis,in quo fundatur obligatio alimentorum; mucho mas sin duda, respectu descendentium, vt in terminis probat textus elegans, in l. Paulus 47. §. Paulus, ff. de bonis libertorum, ibi: *Paulus respondit nepotem, etiam post mortẽ aui conceptum, superstitem liberto bonorum possessionem, contra tabulas liberti auiti petere posse, & ad hæreditatem legitimam eius admitti: responsum enim Iuliani tantùm ad hæreditatem legitimam, item bonorum possessione aui petendam pertinere.* Y la respuesta de Iuliano, de que aqui se haze mencion, nunca huuo duda, de que es la contenida in d. l. Titius, vt cum iudicio aduertit Leon, d. decis. Valent. 27. n. 19. cum seqq.

29 Planè para la obligacion de alimentos del ascendiente al decendiente, influye el derecho natural longè potentiùs, que el ciuil de las successiones, y afecta realmente à los mesmos bienes del ascendiente, dummodò apud possessorem titulo lucratiuo reperiantur, vt est receptum.

30 Accedit, que parece en el caso presente ser esto de todo punto indubitable, respecto de que el fundador (que pudo en este caso en sus bienes y entrega de ellos, poner liberrimamente las calidades, y cōdiciones que quisiesse) puso lo mas, que fue la sucession de los espurios, a falta de los legitimos, y naturales: ergo bien se colige que no les negò lo menos, que son los alimentos necessarios para la vida humana, y conseruar con ella la posibilidad de afiançar esta sucession en su decendencia, legitima, natural, ò espuria, que los fundadores pretēdieron. Y si es verdad (como lo es) que en los espurios ex eadem matre (quia cognationis iura retinent, & ad successionem admittuntur) multò fortiùs alimenta debētur, vt post Socinum, Palatium, & alios, resoluit Lara, in §. item rescripti, num. 89. Lo mesmo deuemos dezir in præsenti, adonde en este caso el testador, pudiendo, y excluyendo con su prouision hominis, prouisionem legis, amò tanto à los espurios sus decendientes, que (vel inuita lege) los hizo succesibles: ergo multò magis non inuita, sed obligante lege, alimentados.

Ex quibus, parece bien fundada la justicia de Don Iuan de Hynestrosa, y que se le deben dar los alimentos que pide: y asi lo espera. Saluo, &c.